

Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2 I precedenti normativi. 3. Il nuovo Collegio consultivo tecnico (CCT). 4. Le tre tipologie di CCT. 5. Natura del CCT. 6. Problemi conseguenti: a) natura del lodo contrattuale nell'arbitrato irrituale. 7. Segue: b) la composizione del CCT. 8. Segue: c) gli ambiti di competenza del CCT nella fase antecedente l'esecuzione. 9. Considerazioni. 10. Epilogo.

1. Premessa.

Uno degli istituti più interessanti previsto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 (dal titolo “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”), così detto d.l. semplificazioni, è senza dubbio il Collegio consultivo tecnico (d'ora in poi CCT), disciplinato all'art. 6, con richiamo dell'art. 5.

Esso viene configurato come un ulteriore strumento di prevenzione e risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche che possono sorgere in materia di opere pubbliche. Si aggiunge così agli strumenti già previsti dal codice dei contratti pubblici: accordo bonario, transazione, arbitrato e pareri di precontenzioso dell'Anac. Ma in via transitoria e al di fuori del *corpus* normativo costituito dal codice dei contratti pubblici, che mai come in questo momento di emergenza, data la pandemia da COVID-19, tende ad allontanarsi dal suo connotato di organicità, proprio di un momento caratterizzato dall'ordinarietà.

2. I precedenti normativi.

Non si tratta di una novità.

L'istituto era stato previsto per la prima volta dal codice dei contratti pubblici (art. 207 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e aveva rappresentato novità assoluta nel panorama della normazione di settore. Si trattava di un istituto, a carattere facoltativo, facente parte degli strumenti precontenziosi

* Presidente della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato.

in fase di esecuzione del contratto. Era, infatti, inserito nel capo II della parte VI del codice, dal titolo “*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*”.

Si dava così attuazione alla legge delega (l. 28 gennaio 2016, n. 11), che aveva previsto [all’art. 1, comma 1, lett. aaa)], tra i principi e i criteri direttivi specifici, quello della “*razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto,...*”¹.

Scopo del CCT era quello di prevenire le controversie che potrebbero sorgere in sede di esecuzione del contratto, “*con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura...*”.

Sulla previsione del CCT aveva sollevato una serie di dubbi il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 50/2016², proponendo la soppressione dell’art. 207. Ciò per un triplice ordine di ragioni:

- a) “il presupposto non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere”;
- b) “la norma...non chiarisce se ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all’accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro”;
- c) la “previsione potrebbe influire sui compiti della Camera arbitrale e pone problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1...l. 11/2016”.

Il Governo non si conformava alle osservazioni del Consiglio di Stato. Ma un anno dopo l’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, l’istituto veniva soppresso dal correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (art. 121, comma 1, che ha abrogato l’art. 207 del d.lgs. n. 50/2016).

Due anni dopo l’istituto rinasce, con la l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, così detto decreto sblocca cantieri. L’art. 1, commi da 11 a 14, ne prevede la costituzione facoltativa su accordo delle parti, con le medesime funzioni di cui al codice dei contratti pubblici (questa volta non parlando più di “*dispute*” ma di “*controversie*”), ma in via temporanea, ossia fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni

¹ Si rimanda a **R. DE NICTOLIS**, *Appalti pubblici e concessioni*, 1994, Bologna, 2020.

² Parere reso dalla Commissione speciale nell’adunanza del 21 marzo 2016, n. 855 in data 1 aprile 2016, in www-giustizia-amministrativa.it.

di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-octies, del codice stesso.

A differenza di quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici (art. 207, comma 6) - secondo cui *“se le parti accettano la soluzione offerta dal collegio consultivo...l'accordo sottoscritto vale come transazione”* - il decreto sblocca cantieri prevedeva che *“L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse”* (art. 1, comma 13, terzo periodo, del d.l. n. 32/2019).

Ne conseguiva l'incertezza del valore da dare ad un accordo di tale tipo, visto che non avendo natura transattiva non può risolvere la lite, e dell'utilità pratica del ricorso al CCT.

3. Il nuovo Collegio consultivo tecnico (CCT).

Le disposizioni del d.l. sblocca cantieri sul CCT (art. 1, commi da 11 a 14, del d.l. n. 32/2019) sono state abrogate dall'art. 6, comma 9, del d.l. n. 76/2020, che ne ha previsto la nuova disciplina.

Di seguito in sintesi la descrizione del nuovo CCT³.

La legge prevede, fino al 31 dicembre 2021, l'obbligatorietà della costituzione di un CCT presso ogni stazione appaltante, per la realizzazione di lavori pari o superiori alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del codice dei contratti pubblici (attualmente 5.350.000 euro per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni), prima dell'avvio dell'esecuzione dell'opera o comunque non oltre dieci giorni da tale data.

L'obbligatorietà della nomina del CCT è stabilita anche per i contratti già in esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 (ossia al 17 luglio 2020), entro trenta giorni da quest'ultima data.

Il CCT obbligatorio per la fase dell'esecuzione è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o da cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste. La norma indica i criteri di individuazione dei componenti e di scelta del presidente, nonché i casi di mancato accordo delle parti sulla figura del presidente. Fra i requisiti per

³ Si veda *Gli affidamenti di lavori, servizi e forniture a seguito del d.l. semplificazioni n. 76/2020 (l. n. 120/2020)*, a cura dell'Anci, ottobre 2020.

i membri del collegio consultivo è stata specificata la possibilità di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni.

I componenti devono comunque avere *“esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell’opera...anche in relazione allo specifico oggetto del contratto”*. La qualificazione di tipo tecnico per almeno per uno dei componenti è essenziale soprattutto perché *“non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d’ufficio”* (art. 6, commi 2 e 7, del d.l. n. 76/2020).

Per le opere di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria la nomina è facoltativa, su accordo delle parti.

Il CCT può essere costituito in via facoltativa anche con riguardo alla fase antecedente l’esecuzione del contratto. In questo caso il collegio è formato solo da tre componenti, le cui modalità di nomina sono previste dalla norma; la quale precisa, al comma 5, che le funzioni di componente del CCT pre-esecuzione non sono incompatibili con quelle di componente del collegio obbligatorio.

Alcune funzioni specifiche del collegio sono individuate facendo riferimento all’art. 5 del d.l. n. 76/2020 e si sostanziano, nell’ambito della sospensione dell’esecuzione dell’opera pubblica per i seguenti motivi:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere;
- c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d’arte dell’opera, quando non vi è accordo tra le parti;
- d) gravi ragioni di pubblico interesse.

Nel caso di cui alla lett. a), quando la prosecuzione dei lavori non sia possibile con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del CCT, dichiara senza indugio la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e individua un’alternativa alla prosecuzione dell’appalto tra quelle individuate dal citato art. 5, comma 4.

Nei casi di cui alle lett. b) e d), su determinazione del CCT, le stazioni appaltanti autorizzano la prosecuzione dei lavori salvo ipotesi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione medesima.

Nel caso di cui alla lett. c), il CCT adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità con cui proseguire i lavori.

Oltre ai compiti previsti nell'ambito della sospensione dei lavori, le funzioni tipiche del CCT consistono nell'assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione contrattuale.

Compiti particolari può avere il CCT costituito per le opere sotto soglia. Infatti le parti possono stabilire che esso abbia solo parte (e non tutti) dei compiti descritti dall'art. 6, commi da 1 a 3, del d.l. n. 76/2020 e che si applicano non tutte ma solo parte delle disposizioni di cui al precedente art. 5 sulla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica (si veda l'art. 6, comma 4, del d.l. n. 76/2020).

Compiti del tutto peculiari ha il CCT facoltativo costituito nella fase anteriore l'esecuzione del contratto. Si tratta della risoluzione di *“problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”* (art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020).

Le determinazioni del CCT sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro quindici giorni dalla data della comunicazione dei quesiti, con succinta motivazione. In casi complessi le decisioni sono adottate entro 20 giorni dalla comunicazione dei quesiti.

Le determinazioni del CCT hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'art. 808-ter c.p.c., salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti. L'art. 808-ter c.p.c. prevede che, con espressa disposizione scritta, le parti possono stabilire, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 bis c.p.c.⁴ in tema di efficacia del lodo (con effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria), che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. L'art. 808-ter, comma secondo, c.p.c. stabilisce, inoltre, che il lodo

⁴ Secondo cui *“Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”*.

contrattuale è annullabile dal giudice competente solo in presenza delle condizioni dettate dallo stesso articolo.

L'inosservanza delle determinazioni del CCT viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. Diversamente, l'osservanza delle determinazioni del CCT è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo (art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020).

I componenti del CCT hanno diritto a un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'intervento, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte (art. 6, comma 7, del d.l. n. 76/2020).

Il CCT è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto ovvero, nelle ipotesi in cui non è obbligatoria la costituzione, in data anteriore su accordo delle parti. Nelle ipotesi di collegio obbligatorio, lo stesso può essere sciolto dal 31 dicembre 2021 in qualsiasi momento, su accordo tra le parti (art. 6, comma 6, del d.l. n. 76/2020).

4. Le tre tipologie di CCT.

È evidente, da quanto esposto, che la legge prevede tre tipologie di CCT, con composizione e compiti in parte diversi e diversa natura degli atti.

a) Il CCT obbligatorio nelle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

b) Il CCT facoltativo nelle opere pubbliche di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 6, comma 4, del d.l. n. 76/2020).

Qui il collegio trova fonte nella volontà delle parti, le quali ne prevedono i compiti, che possono essere tutti o solo parte di quelli descritti ai commi da 1 a 3 dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020, e l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni in tema di sospensione dell'esecuzione dei lavori di cui all'art. 5; chiaramente con riguardo alle funzioni attribuite al CCT da quest'ultimo articolo.

Per il resto non ci dovrebbero essere differenze con il CCT obbligatorio, poiché la legge consente alle parti di determinare in maniera diversa da quanto previsto dall'art. 6, commi 1, 2 e 3, del d.l. n. 76/2020 solo i compiti del CCT. E quindi resta invariato quant'altro stabilito dall'art. 6 del

d.l. n. 76/2020, compreso il comma 3, secondo cui le determinazioni del CCT *“hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall’articolo 808 ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse”*. Ma il CCT facoltativo trova fonte nella volontà delle parti ed è plausibile che le stesse si accorderanno, se intendono dare luogo al collegio, sul valore da dare alle relative determinazioni; lodo contrattuale nell’arbitrato irrituale o meno, ad esempio, valore di proposta che se accettata dalle parti ha effetto transattivo, o di negozio di accertamento.

c) Il CCT facoltativo nella fase antecedente l’esecuzione del contratto (art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020).

In questa ipotesi si prescinde dall’accordo delle parti. Il collegio è costituito solo dalla stazione appaltante, tramite il responsabile del procedimento (RUP) ed è composto, sempre e solo, di tre membri, due nominati dalla stazione appaltante e uno dall’amministrazione interessata (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, regioni, province autonome di Trento e Bolzano o città metropolitane per le opere di interesse locale). La presenza di un componente di nomina dell’impresa è solo eventuale, ed è prevista qualora sia necessario sostituire uno dei componenti designato dalla stazione appaltante con uno di nomina privata. Quando tale necessità possa verificarsi non è facilmente comprensibile. Potrebbe essere, ad esempio, quando la stazione appaltante è la stessa amministrazione a cui spetta la nomina del terzo componente, per evitare che tutti i tre componenti siano nominati dalla stazione appaltante. Ma la legge parla di sostituzione di un componente già designato e non di nuova nomina.

In questa tipologia i compiti del CCT sono del tutto peculiari e diversi dal collegio che opera nella fase dell’esecuzione contrattuale: *“risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell’invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”*.

Prescindendo la nomina del collegio dall’accordo delle parti, i suoi compiti non possono essere che quelli consultivi di assistenza della stazione appaltante, nell’applicazione delle clausole del bando o dell’invito, nonché nella partecipazione alla gara (conseguenti ammissioni ed esclusioni) e nella scelta del contraente. La sua attività si dovrebbe manifestare nell’emanazione di pareri non vincolanti, non potendosi in alcun modo configurare un arbitrato irrituale.

Quanto alle professionalità richieste per i componenti, l'art. 6, comma 5, del d.l. n. 76/2020 non dice alcunché. Nel silenzio della legge non si dovrebbe uscire al di fuori dei requisiti prescritti al precedente comma 2. Come anche vanno applicate le altre disposizioni in tema di compensi e di limiti agli incarichi dei componenti del collegio, di cui all'art. 6, commi 7 e 8, del d.l. n. 76/2020.

5. Natura del CCT.

Come visto, l'attività del CCT non è limitata a una controversia in atto ma, innanzitutto, è finalizzata a impedire, in via anticipata e preventiva, che una qualunque controversia possa insorgere tra le parti. Si estende poi alla risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche una volta insorte. Si tratta, comunque, di funzioni deflative del contenzioso in supporto al RUP, con riguardo sia alla fase dell'esecuzione che a quella di svolgimento della gara.

La sua volontà si manifesta attraverso determinazioni, pareri e a seguito di quesiti posti dalle parti.

Il CCT può configurare un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ovvero una forma di ADR (*alternative dispute resolution*)⁵?

Forse sì, ma i compiti del CCT sono più ampi, fornendo assistenza alla stazione appaltante durante tutta la fase dell'esecuzione e anche in quella antecedente, affinché non vi siano ritardi o intoppi e si possa giungere alla realizzazione dell'opera nei tempi e nei modi previsti. Ci si avvicina di più, quindi, a una sorta di *dispute board* o *advisory board*⁶ della stazione appaltante, con il principale scopo di prevenzione del contenzioso. Ne è evidente la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020, secondo cui, “*Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute*

⁵ Al riguardo si rimanda a C. VOLPE, *Mediazione e giudizio amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 10/2018.

⁶ Di interesse, con riguardo al possibile trapianto, nella specie, dell'istituto del *Dispute Board* internazionale all'interno del nostro sistema giuridico, si veda M. LUCHETTI, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto Legge semplificazioni*, in <https://www.filodiritto.com/appalti-prospettive-di-prevenzione-e-risoluzione-delle-controversie-con-il-collegio-consultivo-tecnico-previsto-dal-decreto-legge-semplificazioni>.

In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosce a se stesso il ruolo di *advisory board* delle istituzioni del Paese nell'esercizio delle funzioni consultive - di cui all'art. 100, comma primo, della Cost. - sugli atti normativi e di regolazione (Cons. Stato: sez. consultiva per gli atti normativi, 20 ottobre 2020, n. 1612; Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Da ultimo, nello stesso senso, con riguardo a tutte le funzioni consultive del Consiglio di Stato, Cons. Stato, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807.

tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte".

6. Problemi conseguenti: a) natura del lodo contrattuale nell'arbitrato irrituale.

Secondo il codice dei contratti pubblici e la legge di conversione del decreto legge sblocca cantieri, la fonte della costituzione del CCT era l'accordo delle parti. O meglio un duplice accordo; uno a monte della costituzione e l'altro a valle, necessario quest'ultimo se, a seguito delle controversie insorte, le parti intendevano accettare la proposta di soluzione del collegio.

Ora la legge stabilisce che le determinazioni del CCT obbligatorio *"hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808 ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse"* (art. 6, comma 3, quarto periodo, del d.l. n. 76/2020).

Quindi la legge equipara le determinazioni del CCT al lodo contrattuale dell'arbitrato irrituale, a meno che le parti non dispongano, motivatamente e per iscritto, in senso diverso. Mentre l'accordo delle parti è previsto solo con riguardo alla nomina dei componenti del collegio e al fine di sciogliere il collegio dopo il 31 dicembre 2021 (art. 6, commi 2 e 6, del d.l. n. 76/2020).

Le decisioni adottate dal CCT, quindi, hanno per legge natura contrattuale (di lodo contrattuale) e scontano, di conseguenza, una limitata impugnabilità rispetto ai lodi rituali o ai provvedimenti giurisdizionali⁷.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'arbitrato irrituale si configura come uno strumento negoziale di risoluzione delle controversie, imperniato sull'affidamento a terzi arbitri del compito di ricercare una composizione amichevole della controversia attraverso lo strumento negoziale. Il relativo lodo è impugnabile esclusivamente per vizi della volontà (dolo, violenza o errore) o per incapacità delle parti o degli arbitri; quindi, senza poter dedurre gli *errores in iudicando*

⁷ Ai sensi dell'art. 808-ter, comma secondo: *"Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:*

1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;

2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;

3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;

4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;

5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825".

ovvero l'erronea interpretazione del contratto oggetto dell'arbitrato⁸. In sostanza la qualificazione legale come arbitrato irrituale incide sull'impugnazione della decisione arbitrale; impugnazione limitata rispetto a quella del lodo nell'arbitrato rituale (ai sensi degli artt. 827 e seguenti del c.p.c.)⁹.

Tanto è vero che la stessa giurisprudenza della Cassazione ha escluso la possibilità per l'amministrazione di avvalersi dello strumento dell'arbitrato irrituale o libero per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati, soprattutto perché viene limitata la possibilità della tutela giurisdizionale¹⁰.

In questo modo la legge ha previsto un arbitrato obbligatorio, di natura contrattuale, sottraendo le relative vicende alla giurisdizione.

Tuttavia la Corte costituzionale¹¹ ha affermato da tempo, e ribadito di recente, che, poiché la Costituzione garantisce a ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa».

La previsione di un arbitrato obbligatorio da parte della legge solleva non pochi dubbi di costituzionalità. Ma, visto che nell'applicazione della legge, o meglio nell'interpretazione della stessa, va seguita una soluzione che possa essere conforme alla Costituzione, diviene necessario l'accordo delle parti, se non già nel contratto di appalto, quanto meno a valle della costituzione del CCT. Altrimenti l'attività svolta dal collegio stesso, una volta costituito, è a rischio di legittimità.

È chiaro però che così viene messa in discussione l'intera impalcatura della legge, che ha previsto come obbligatoria la costituzione del CCT nel sopra soglia anche per i contratti la cui esecuzione è già in corso alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2020; ed entro un termine¹² che, anche se non perentorio, è già scaduto da tempo. Questa forse è la ragione per cui, per quanto è dato sapere, il nuovo istituto stenta a decollare.

⁸ Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9142.

⁹ Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2019, n. 7198.

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2020, n. 7759.

¹¹ Corte Cost. 13 giugno 2018, n. 123 e 8 giugno 2005, n. 221.

¹² 16 agosto 2020, ossia trenta giorni dal 17 luglio 2020.

Tuttavia, come visto, la legge consente alle parti di convenire che le determinazioni del collegio non abbiano natura del lodo contrattuale. Ma a questo punto non si comprende più quale utilità possa avere il collegio.

Va ulteriormente ricordato che le conseguenze dell'inosservanza delle determinazioni del CCT sono rilevanti, potendo comportare la responsabilità per danno erariale e costituendo, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 6, comma 3, del d.l. n. 76/2020), con la conseguente risoluzione del contratto. E non è irrilevante l'avere limitato, da parte della legge, la possibilità di tutela giurisdizionale nei confronti delle determinazioni del CCT.

7. Segue: b) la composizione del CCT.

Al comma 2, terzo periodo, dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020 si prevede che, *“Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse”*.

Da ciò consegue una possibile violazione dei principi di imparzialità e terzietà nella composizione del collegio. In sostanza, il fatto che, in caso di mancato accordo tra le parti, il presidente viene designato dall'amministrazione interessata alla realizzazione delle opere potrebbe far venire meno il requisito di indipendenza che dovrebbe connotare quanto meno la persona del presidente.

In questo caso però i dubbi sembrano superabili.

La giurisprudenza della Cassazione¹³, proprio perché riconosce natura privata all'arbitrato libero o irrituale, trattandosi di mandato con il quale le parti affidano a uno o più terzi la soluzione di controversie mediante lo strumento negoziale, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà, impegnandosi a considerare vincolante la decisione degli arbitri quale espressione di tale volontà, afferma che, in difetto di connotato pubblicistico, non sussiste un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro. Si tratta infatti di principio proprio della

¹³ Cass. civ.: sez. II, 25 giugno 2005, n. 13701; sez. I, 29 maggio 2000, n. 7045.

giurisdizione, di ordine generale e di rango costituzionale, valido in relazione ad ogni tipo di giudizio, mentre nell'arbitrato rituale si è in presenza di attività negoziale.

Così che non trova applicazione l'istituto della riconsunzione - previsto dall'art. 815, comma 1, c.p.c. solo per l'arbitrato rituale ed esclusivamente nei confronti dell'arbitro non nominato dal riconsuante - configurandosi viceversa una questione di esatto adempimento del mandato da parte degli arbitri, che della relativa non imparziale esecuzione rispondono nei confronti della parte danneggiata. Inoltre, l'assenza di "terzietà" dell'arbitro irrituale designato con mandato collettivo deve necessariamente essere proposta e dedotta attraverso l'azione di cui all'art. 1726 c.c., ossia prospettando una giusta causa di revoca, nonché la conseguente nullità della determinazione che sia stata adottata.

Tuttavia, una volta che la costituzione del collegio viene ad essere imposta dalla legge nei contratti di lavori pubblici sopra soglia, assumendo connotazione pubblicistica, il problema connesso alla nomina del presidente in mancanza di accordo delle parti, con le conseguenti esigenze di imparzialità e terzietà dello stesso, acquista una diversa angolazione. E comunque il problema sussiste nell'ipotesi in cui la stazione appaltante è la stessa amministrazione a cui la legge demanda la nomina del presidente, potendovi in questo modo essere due (nel collegio a tre) o tre componenti (nel collegio a cinque) di nomina della stessa stazione appaltante i quali, costituendo maggioranza, possono determinare l'adozione delle determinazioni del collegio.

8. Segue: c) gli ambiti di competenza del CCT nella fase antecedente l'esecuzione.

Come si è già visto, compiti peculiari vengono previsti per il CCT facoltativo costituito nella fase antecedente l'esecuzione contrattuale.

Si tratta della risoluzione di *“problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura..., ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”*.

Qui le competenze attribuite al collegio investono a 360 gradi la fase antecedente l'esecuzione contrattuale. Ma alcune di queste competenze, con riguardo ad esempio alla valutazione delle offerte, sono tipiche della commissione giudicatrice¹⁴.

Per cui, dato per scontato che questa tipologia di CCT si discosta, per competenze, funzioni e valore delle relative determinazioni, dal collegio deputato alla fase dell'esecuzione contrattuale, appaiono incerti i confini tra il collegio stesso e la commissione giudicatrice. E ne consegue anche un'ulteriore domanda: il collegio è organo consultivo solo della stazione appaltante o anche della commissione giudicatrice?

I pareri emessi dal collegio non vincolano la stazione appaltante. Non è chiaro però se essi sono anche obbligatori, nel senso che, una volta costituito il CCT, il suo intervento è previsto sempre e comunque per tutta la durata del contratto in ogni caso in cui si può presentare o si presenta una problematica di tipo tecnico o giuridico, oppure può essere anche limitato a specifiche problematiche individuate *ex ante* in sede di costituzione. E comunque nemmeno è chiaro se, una volta costituito il collegio, la sua attività si svolge d'ufficio o solo a seguito di richiesta della stazione appaltante. Forse regole di buona amministrazione richiedono che, perché il collegio possa rendere il proprio parere, occorra sempre un'apposita richiesta, documentata e motivata, da parte della stazione appaltante; ad esempio con la formulazione di quesiti.

9. Considerazioni.

Tre sono le finalità del decreto semplificazioni:

- a) incentivare gli investimenti pubblici;
- b) far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19;
- c) accelerare e semplificare le procedure di gara.

Ma due sono le anime della riforma di cui al decreto semplificazioni: quella semplificatoria e quella emergenziale pura. Tuttavia l'anima semplificatoria prescinde da quella emergenziale,

¹⁴ Si veda l'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui, “*Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”.

dovendo rientrare nell'ordinario. È chiaro però che nell'emergenza le esigenze di semplificazione si fanno ancora più sentire.

L'emergenza, dovuta alla pandemia, comporta l'uscita dall'ordinario e la previsione di regole eccezionali, in deroga e a tempo. Così che, in un momento eccezionale e di emergenza, può venire meno la funzione stessa di un codice.

Quanto è stato disposto dal d.l. n. 76/2020 in materia di contratti pubblici rientra nella logica dell'emergenza. Altro problema è poi vedere se le nuove regole, eccezionali e in deroga, siano in grado di realizzare le finalità prefissate. O meglio, tutto questo serve a “*realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture*” (che è uno degli obiettivi enunciati nel preambolo del d.l. n. 76/2020)? Ma qui entriamo in un ambito diverso.

Il fatto è che la normativa nella materia dei contratti pubblici, anche a causa della pluralità e dei diversi livelli delle fonti, è diventato un campo minato, di difficile e complessa percorribilità; campo già messo a dura prova dalle numerose modifiche subite dal codice dei contratti pubblici e dal recente d.l. n. 32/2019, così detto decreto sblocca cantieri, che aveva già sospeso alcune norme del codice e inserite altre a tempo, nonché limitato il ricorso alle linee guide dell'Anac.

Nella materia dei contratti pubblici si sente ancora più quella che è una carenza endemica della legislazione italiana, ossia la mancanza di una valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'impatto della regolazione. Quasi sempre manca una seria verifica su quelli che sono gli obiettivi che si vogliono raggiungere con la normazione e poi, una volta emanate le norme, manca un reale accertamento degli impatti conseguenti; soprattutto ai fini degli interventi successivi.

L'instabilità delle regole è diventata una costante della legislazione nella materia in questi ultimi anni, assieme alla diminuzione della qualità della regolazione, fenomeno quest'ultimo ormai in aumento.

La disciplina, precedente e attuale, del CCT è figlia di questa situazione. Dalle esposte criticità consegue evidente l'incertezza dell'operatività dell'istituto e dei suoi confini, che non risultano ben delineati, con non pochi problemi. Siffatta incertezza potrebbe avere ripercussioni nell'applicazione pratica della normativa, con influenze sia sulle stazioni appaltanti che sulle imprese¹⁵.

¹⁵ Notevoli criticità, subito dopo l'emanazione del d.l. n. 76/2020, sono state esposte da **S. VALAGUZZA**, *Collegio consultivo tecnico: rischia il flop, urge restyling in sede di conversione*, in <https://www.studiovalaguzza.it/collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione/>.

Traspare la fretta del legislatore nella redazione dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020. Si veda, ad esempio, la disposizione sulle incompatibilità, laddove si prevede che *“Ogni componente del collegio consultivo tecnico non può ricoprire più di cinque incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di dieci incarichi ogni due anni”* (comma 8, primo periodo, del d.l. n. 76/2020). Ma la costituzione del CCT non è prevista sino al 31 dicembre 2021?

L'idea alla base del CCT è condivisibile. Si vogliono evitare situazioni di stallo nell'esecuzione contrattuale e si intende accelerare verso la realizzazione dell'opera, creando uno strumento stabile che ricerchi soluzioni tra stazione appaltante e appaltatore per tutta la durata dell'esecuzione.

Si tratta di un intervento strutturale e organico in deroga alla legislazione ordinaria in materia di contratti pubblici e al codice relativo. Per cui una delle domande che bisogna porsi è se istituti previsti in via eccezionale e derogatoria possano essere utili anche nell'ordinario. E potrebbero esserlo, poiché accelerare verso la realizzazione dell'opera a regola d'arte non è esigenza solo di un momento emergenziale.

Senza dubbio il CCT può avere una funzione anche nel regime ordinario e al di là di quanto previsto, ad esempio nell'ambito dei lavori sotto soglia, il cui numero è maggioritario rispetto a quelli sopra soglia. Ma se i confini dell'istituto non sono ben delineati e appaiono incerti - con riguardo alle funzioni, ai compiti, al valore da dare alle relative determinazioni, ai rapporti con gli altri soggetti che si muovono nella fase dell'esecuzione contrattuale, all'istituto dell'accordo bonario operante nell'ambito delle riserve ai sensi dell'art. 205 del codice dei contratti pubblici - si rischia di fare il classico buco nell'acqua. Dando vita a un istituto che o non può funzionare o funziona solo a “scartamento ridotto” e con problemi.

10. Epilogo.

Rimane sullo sfondo un altro tema non meno rilevante, di grande attualità anche con riguardo ai rapporti tra i diversi livelli istituzionali. Fino a che punto la legislazione dell'emergenza può abbassare le garanzie e fino a che punto possono essere limitati i diritti e le garanzie previste dall'ordinamento e tutelati a livello costituzionale?

Emblematico è l'art. 27, comma 1, ultimo periodo, del così detto decreto rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77), dal titolo

“Patrimonio destinato”, secondo cui “Le disposizioni del presente articolo non attribuiscono alle imprese diritti o interessi legittimi rispetto all'intervento del Patrimonio Destinato in loro favore”¹⁶.

A questo punto ogni commento sulla qualità della legislazione appare superfluo, anzi lo lascio a chi, arrivando alla fine, ha dimostrato interesse a leggere questo scritto.

¹⁶ L'incipit dell'art. 27, comma 1, del d.l. n. 34/2020 prevede che, *“Al fine di attuare interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da “Covid-19”, CDP S.p.A. è autorizzata a costituire un patrimonio destinato denominato “Patrimonio Rilancio”, (di seguito il “Patrimonio Destinato”) a cui sono apportati beni e rapporti giuridici dal Ministero dell'economia e delle finanze”*. Poi il comma 4, terzo periodo, del medesimo articolo dispone che *“Gli interventi del Patrimonio Destinato hanno ad oggetto società per azioni, anche con azioni quotate in mercati regolamentati, comprese quelle costituite in forma cooperativa...”*.